



**Universitat Autònoma de Barcelona**

**Facultat de Dret**

**Departament de Dret Internacional Públic**

*Grau de Dret*

Curs 2016-2017

**TREBALL DE FI DE GRAU:**

**ELS MECANISMES DE RESOLUCIÓ ARBITRAL  
DE DISPUTES RELATIVES A LES INVERSIONS.  
UNA NOVA ERA EN EL DRET INTERNACIONAL  
DE LES INVERSIONS?**

**Alumna:**

**Léa Dimant De Visscher**

**Tutora:**

**Anna Ayuso Pozo**

5 de Juliol del 2017

# ÍNDEX

## **Abreviatures**

## **Introducció**

### **Secció 1 : L'evolució de la protecció internacional de les inversions**

- I. Les Fonts del dret de les inversions com a fonament essencial dels sistemes arbitral.
  - A. Les fonts nacionals
  - B. Les fonts internacionals, una evolució accelerada.
- II. Panoràmica de l'arbitratge internacional relatiu a les inversions
  - A. Introducció teòrica a l'arbitratge
  - B. Orígens de l'arbitratge
- III. L'abast de les sentències arbitral
  - A. Regla del precedent i jurisprudència constant
  - B. L'elecció de la jurisprudència constant i les problemàtiques associades

### **Secció 2: Anàlisi comparatiu dels mecanismes arbitral de resolució de conflictes en els sistemes multilateral relatiu a les inversions**

- I. El Tractat de Lliure Comerç d'Amèrica del Nord
  - A. Resolució de conflictes al TLCAN
  - B. Particularitats i controvèrsies al TLCAN
- II. L'OHADA
  - A. El sistema judicial OHADA: entre tradició i innovació
  - B. Problemàtiques de l'OHADA
- III. CETA: cap a una nova concepció de l'arbitratge internacional?

### **Secció 3: Conclusions. La resolució de conflictes en dret internacional de les inversions: entre arbitratge i institucionalització. El naixement d'una nova era?**

## **ABREVIATURES**

ACP: Acord Comercial Preferencial

BOE: Boletín Oficial del Estado

CETA/AECG: Comprehensive Economic and Trade Agreement

CIJ: Cort Internacional de Justícia

CIADI/CIRDI: Centre Internacional de Resolució de Disputes relatives a les Inversions

CPIJ: Cort Permanent Internacional de Justícia

GATT: General Agreement on Tariffs and Trade

MERCOSUR: Mercat Comú del Sud

OCDE: Organització per la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic

OHADA: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires

OI: Organització Internacional

OMC: Organització Mundial del Comerç

ONU: Organització de les Nacions Unides

TBI: Tractat Bilateral d'Inversions

TLCAN/NAFTA: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TMI: Tractat Multilateral d'Inversions

TTIP: Transatlantic Trade and Investment Partnership

UE: Unió Europea

## INTRODUCCIÓ

El dret internacional de les inversions és una branca del dret internacional públic i del dret internacional econòmic que tracta de resoldre els problemes derivats de les relacions contractuals entre Estats i persones privades que realitzen inversions en el territori dels primers.

Primerament, la importància d'aquest tema ve donada sobretot pel fenomen de globalització que caracteritza la nostra època. En efecte, la primer conseqüència de la mundialització és l'augmentació substancial dels fluxos comercials i de les relacions econòmiques entre els Estats.

A banda d'això, observem una major facilitació de la fluctuació de les persones arreu del món amb espais integrats com la Unió Europea o amb tractats internacionals que tenen com a objectiu eliminar les restriccions frontereres i aranzelàries. Aquest fet fa que les persones ja no realitzin només activitats econòmiques en el seu país sinó que també ho facin en països estrangers ja que el context socio-econòmic els ofereix les condicions òptimes per dur-ho a terme.

Tercerament, també vivim una època en que el capitalisme ha guanyat la guerra dels "blocs" i en que la majoria d'Estats del món han adoptat aquest sistema econòmic. La fluctuació financera ha guanyat molta importància ja que el nostre model econòmic recompensa els diners i els factors financers en moviment i penalitza els diners estancats (cosa que veiem en que, per exemple, el model clàssic d'estalvis esdevé un de desmodat i es tendeix més a un model d'inversió per complir aquesta funció).

Aquest context ha afavorit el desenvolupament significatiu del dret internacional de les inversions que començà a principis del segle XX però que no ha sigut fins fa una vintena d'anys que, vista la rellevància que havia adquirit el dret internacional de les inversions, que podem parlar d'un dret en procés d'harmonització.

D'altra banda, el dret internacional de les inversions es caracteritza per un element que el converteix en una branca del dret força particular. En efecte, és un dret que va néixer de la jurisprudència en un inici, a la que després se li va afegir la doctrina i a la que,

finalment, hi han començat a contribuir els Estats i les estructures supranacionals però de forma més tardana. Aquest conjunt de circumstàncies fa que sigui una branca del dret especialment innovadora ja que no ha depès de cap text consolidat, estructures fixes que tendeixen a limitar el desenvolupament del dret per la seva rigidesa, fins a després de varies dècades d'existència.

En suma, assistim a un desenvolupament accelerat d'aquesta branca del dret que es concreta en el tema que serà objecte del present treball: la creació de zones d'integració econòmica i de dret. Tal com s'ha dit, la globalització i el model capitalista han beneficiat l'increment dels fluxos monetaris internacionals.

Consegüentment, els Estats han volgut aprofitar aquesta situació i potenciar-la, és a dir, crear zones d'integració econòmica i jurídica a través d'organismes supranacionals per a atraure més inversors. S'ha de tenir en compte que a més seguretat jurídica ofereix un territori més inversors serà susceptible d'atraure ja que aquests no només busquen zones amb gran rendibilitat econòmica (pels recursos naturals, per la demanda d'infraestructures, etc.) sinó que també valoren molt els drets substancials i processals que ofereix el territori.

En l'àmbit d'aquestes estructures d'unificació, ens interessarem únicament als aspectes relatius a la resolució de disputes relatives a les inversions cosa que, majoritàriament, és fa segons un model d'arbitratge. Una altra distinció que cal fer dintre d'aquestes estructures d'harmonització de dret és entre les institucions de resolució de disputes relatives a les inversions, strictu sensu, i els mecanismes de resolució de disputes d'aquest àmbit que formen part de sistemes supranacionals d'integració econòmica.

Pel que fa a les institucions arbitrals són generalment organitzacions internacionals o organismes privats als que les parts a un contracte d'inversions poden recórrer quan neix una disputa. Com a exemples podem citar la Càmera de Comerç Internacional del Paris (CCI), l'Institut d'arbitratge de la Càmera de Comerç de Estocolm (SCC) o el Centre Internacional per a la Resolució de Disputes Relatives a les Inversions (CIADI).

Segonament, els mecanismes de resolució de disputes sobre inversions inclosos en zones d'integració econòmica i jurídica els trobem en sistemes com l'OHADA a l'Àfrica, el

MERCOSUR a Amèrica Llatina o el TLCAN a Amèrica del Nord, entre molts d'altres. Són aquest tipus de mecanismes que estudiarem en aquest treball.

Així doncs, l'objectiu d'aquest estudi és fer un anàlisi comparatiu de diversos mecanismes de resolució arbitral de disputes relatives a les inversions per a veure si, segons el moment de la seva creació, podem observar una evolució en l'estructura i el funcionament d'aquest tipus de figures.

A més a més, una crítica força habitual d'aquest tipus d'institucions i mecanismes és que estan creades per a beneficiar els inversors que, en aquesta branca del dret, han tendit a guanyar més casos que els Estats<sup>1</sup>.

Aquest serà doncs el nostre punt de partida, és a dir, la nostra hipòtesi és que els tractats d'inversions des de finals dels anys 1990 han estat creats intrínsecament per a beneficiar els inversors en detriment dels Estats. Sobre aquest punt cal fer una clarificació i és que, en aquest treball, intentarem discernir si els tractats estan creats substancialment i intrínsecament per a beneficiar els inversors o si, pel contrari, és com estan executats que fan que es beneficiï els inversors.

Finalment, la nostra problemàtica consistirà en resoldre la qüestió de saber actualment si hi ha, com ho afirmen diversos autors, una tendència cap a l'equilibratge de les relacions entre inversors i Estats manifestada en l'atribució creixent de prerrogatives als Estats en detriment dels inversors en els mecanismes de resolució de disputes relatives a les inversions.

Finalment, pel que fa l'estructura del treball el dividirem en dues parts, una primera part que tracta sobre l'evolució de la protecció internacional de les inversions, dintre de la qual tractarem les fonts del dret de les inversions (I), un anàlisi històric de l'evolució de l'arbitratge (II) i, tercerament, una valoració de l'abast i les conseqüències de les sentències arbitral (III).

---

<sup>1</sup> Tot i ser una crítica molt generalitzada per molts autors, no hem pogut trobar cap treball que hagi sistematitzat tots els litigis relatius a les inversions i que demostrï aritmèticament quin és el percentatge en que guanyen els inversors i quin percentatge de sentències han anat a favor dels Estats.

En segon lloc, analitzarem diversos mecanismes de resolució de conflictes en sistemes multilaterals relatius a les inversions i, concretament, el TLCAN (I), l'OHADA (II) i el CETA (III).

A la tercera secció intentarem treure conclusions d'aquest anàlisi comparatiu per a veure si podem realment constatar una evolució significativa en els mecanismes de resolució de disputes internacionals relatives a les inversions.

## SECCIÓ 1. L'EVOLUCIÓ DE LA PROTECCIÓ INTERNACIONAL

### DE LES INVERSIONS

#### **I. Les Fonts del dret de les inversions com a fonament essencial dels sistemes arbitral.**

Per poder entendre bé en què consisteix l'arbitratge internacional cal, primerament, analitzar-ne les fonts, és a dir, els instruments jurídics que estructurin el dret internacional de les inversions. En aquest sentit podem distingir les fonts nacionals i les fonts internacionals. Les primeres, les fonts d'origen nacional inclouen els codis i els contractes d'inversions mentre que en les segones, les d'origen internacional, trobaríem principalment els tractats bilaterals o multilaterals d'inversions.

##### **A. Les fonts nacionals**

En aquesta secció intentarem donar una definició general del que és un codi d'inversió i un contracte d'inversions per tal d'anar introduint la matèria que desenvoluparem al llarg d'aquest treball.

##### *1. Codis d'inversions*

Els **codis d'inversions** són instruments de dret nacional, i concretament, legislatius, pels quals un Estat estableix els termes i condicions, els fonaments legals, que guiaran els inversors estrangers que desitgin realitzar una inversió al país en concret. Així, si prenem el Codi d'Inversions Estrangeres espanyol trobarem que explica que el seu objecte és el següent:

“El objeto del Código [...] es poner a disposición de los inversores extranjeros y otros usuarios interesados una herramienta eficaz para conocer, por vía de única fuente consolidada (...) la legislación horizontal que un inversor extranjero debe tener en cuenta la hora de realizar una inversión en España.”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Código de Inversiones Extranjeras en España. BOE, 15 de febrer 2017.



En el marc dels codis d'inversions diem que els Estats són essencialment lliures ja que, com diu la CIJ al cas de les *Activitats militars i paramilitars a Nicaragua* cada Estat disposa del dret fonamental d'escollir i implementar el seu propi sistema polític, econòmic i social en total llibertat<sup>3</sup>. Així, no hi ha, *a priori*, cap principi de dret internacional general que s'imposi als Estats en aquest aspecte ja que ens trobem en el camp de la llibertat d'autodeterminació dels Estats, es tracta de la seva sobirania que està en joc el que fa que es doni una llibertat absoluta.

La idea general d'aquests codis es de crear un sistema d'admissió d'inversions, que difereix entre cada Estat (autorització administrativa, liberalització completa, etc.). L'admissió és un “fet-condició” per a la protecció de l'inversor en dret internacional. Així ho afirmà la CIJ en el cas de la *Barcelona Traction*<sup>4</sup> quan diu que des del moment en que un Estat admet inversors o nacionals estrangers en el seu territori, aquest està obligat a estendre'ls-hi la protecció de la llei i ha d'assumir certes obligacions respecte al tracte que els hi dona. Finalment, dins l'estructura general d'un Codi d'Inversions trobarem dos tipus de clàusules, les que estableixen un tractament substancial i aquelles que establiran un tractament jurisdiccional. Les primeres preveuen les normes però també els privilegis o avantatges dels que gaudiran els inversors sotmesos al Codi (després de l'admissió, doncs), les segones preveuen les modalitats de resolució de conflictes relatius a les inversions nascuts sota l'empiri del Codi (normalment es parlarà d'arbitratge i/o dels casos en que es recorrerà als tribunals nacionals, més rar).

## 2. Contractes d'inversions

Un contracte d'inversions (o contracte d'Estat) és un contracte, entès com a instrument jurídic de dret privat, entre un Estat i un inversor d'un altre Estat pel qual s'estableix un acord d'inversió de la persona privada a l'Estat, inversió que normalment estarà vinculada al desenvolupament o l'explotació de grans infraestructures, tot i que no exclusivament<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Veure CIJ, *Activitats militars i paramilitars a Nicaragua* (*Nicaragua c. Estats Units*)[fons]. Sentència del 27 de juny de 1986. Paràgrafs 202 a 208.

<sup>4</sup> CIJ, *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* [segona fase]. 5 de febrer 1970. P. 32 a 101

<sup>5</sup> Els orígens del dret de les inversions es troba en aquest tipus de contractes en que països subdesenvolupats o en vies de desenvolupament havien de recórrer a grans empreses multinacionals per a trobar finançament

El sentit d'aquest tipus de contracte era, inicialment, que pels Estats representava un avantatge ja que sotmetia els inversors estrangers a la legislació nacional (el contracte està regit pel dret nacional de l'Estat signatari, excepte clàusula contrària).

La primera problemàtica respecte a aquests contractes sorgeix quan volem identificar les parts del contracte.

D'una banda, quan és l'Estat central que signa no hi ha cap problema, el problema sorgeix quan son entitats federades o demarcacions territorials que són part al contracte. Si aquest és el cas, sorgeix la qüestió de saber si el contracte lliga també a l'Estat en general, en cas de litigi per exemple, o si només es vinculant per a l'entitat territorial signatària. En aquest sentit, podem prendre l'exemple de la Convenció de Washington de 1975 que institueix el CIADI, que estableix que només un Estat pot ser part a un litigi resolt en el sí d'aquest organisme excepte en el cas en que es tracti d'una entitat territorial que actuï amb el vistiplau de l'Estat central. Així, la idea és avaluar l'autonomia de l'entitat territorial, si aquesta ha actuat de manera completament autònoma i independent de l'Estat central, queda exclosa de diversos organismes de resolució com el CIADI però si actua com a part de l'Estat central, no ho serà ja que serà considerada una simple extensió de l'Estat. Trobem doncs tres hipòtesis en que els tribunals arbitals han considerat que hi ha una superació del *vel corporatiu*<sup>6</sup>:

- a) Aprovació de l'Estat central del contracte passat per l'entitat territorial.
- b) Els contractes complexes, a saber, contractes que s'inscriuen dintre el marc d'una política general de l'Estat central per a promoure les inversions. Si aquest és el cas, hi ha un contracte general que signa l'Estat i un signat per l'entitat territorial i la persona privada en que objecte i causa són més precisos respecte el primer.
- c) En cas que l'Estat hagi subscrit una "*umbrella clause*" redactada en termes oberts que donen la impressió d'incloure els contractes conclosos per les seves emanacions.

---

per a realitzar grans obres estructurals (vies de tren, aeroports, centrals energètiques, etc.) degut a la manca d'aquest tipus de poder adquisitiu en el seu propi país.

<sup>6</sup> La teoria del *vel corporatiu* en dret internacional públic remet al concepte segons el qual la divisió orgànica entre dues entitats estatals (estat central i comunitat autònoma per exemple) implica una autonomia material dels seus actes de forma que l'acte d'un entitat territorial no seria imputable ni oposables a l'Estat central.

Respecte la identificació dels inversors, una pregunta similar sorgeix. En efecte, si parlem de dret internacional de les inversions parlem de grans multinacionals o corporacions. Sovint, els Estats requereixen que, per a passar el contracte en qüestió la multinacional creï una societat de dret nacional que conclourà el contracte de concessió amb l'Estat. El motiu d'aquesta exigència és simple: l'Estat prefereix tractar amb una empresa de dret local. La pregunta que sorgeix consisteix en saber si la societat mare, que segueix tenint el control efectiu de l'empresa de dret local, pot ser considerada com part al contracte i aplicar per tant la seva nacionalitat. La resposta divergeix segons el sistema arbitral en el que ens trobem.

En sistemes institucionalitzats com el CIRDI s'aplica el criteri del control efectiu, és a dir, l'empresa serà considerada com nacional de l'Estat on s'exerceixi el seu control real. En altres sistemes arbitral s'apliquen els criteris ordinaris de seu social (sistema romano-germànic) o de lloc d'incorporació (sistema anglosaxó) tot i que també existeix una hipòtesi de superació del vel corporatiu. Concretament, si es compleixen una sèrie d'indicis es pot atribuir la nacionalitat de la societat mare a la filial de dret nacional. Aquests indicis inclouen principalment que sigui la societat mare que hagi negociat el contracte i que aquesta negociació demostrï que la societat de dret local no és més que el vehicle per a l'execució del contracte però que el que es buscava realment era la capacitat tècnica de la societat mare.

Finalment, queda a tractar el tema de la internacionalització des contractes d'inversió. Hi ha dos casos en que considerem que un contracte *s'internacionalitza*, és a dir, que tot i ser un contracte de dret privat està sotmès a les normes de dret internacional general.

D'una banda trobem la *internacionalització extrínseca* que abraça els casos en que un contracte d'inversions està emmarcat dintre un Tractat bilateral d'inversions (TBI) entre l'Estat contractant i l'Estat del que és nacional l'inversor part al contracte. Aquest és el cas especialment quan el tractat conté una **clàusula de cobertura o clàusula de respecte dels compromisos** subscrits al contracte. Dintre aquesta teoria hi ha dues tendències arbitral: d'una banda hi ha els autors que afirmen que la clàusula internacionalitza tot el contracte (clàusules substancials incloses) i aquells que opinen que el que s'internacionalitza són només les violacions del contracte. En aquest darrer cas el que

farem és avaluar el mancament respecte al dret aplicable al contracte (dret nacional) però en cas de constatació d'una violació aplicarem les conseqüències del dret internacional de la responsabilitat dels Estats. No hi ha cap solució clara a aquestes dues tendències i queda a la discreció de cada tribunal arbitral determinar quina de les dues teories aplica, cosa que dependrà sovint del cas concret.

D'altra banda trobem la teoria de la *internacionalització intrínseca* desenvolupada pel Professor Prosper WEIL<sup>7</sup> en que afirma que el contracte s'internacionalitza per la natura mateixa de certs contractes que prenen dimensions tan grans que posen en peu d'igualtat l'Estat i l'inversor internacional. Aquesta visió serà represa per l'àrbitre DUPUIS en l'important cas Texaco de 1977<sup>8</sup> en que desenvolupa la tesis de la internacionalització per la presència de factors de deslocalització en el contracte.

Així, l'àrbitre defen l'existència de dos tipus de factors de deslocalització, d'una banda, hi ha els factors de deslocalització objectius que responen a la natura mateixa del contracte i que ens apropen a la teoria de Weil ja que afirma que la magnitud de certs contractes poden acabar per representar una participació al desenvolupament de l'Estat d'acollida cosa que posaria a les dues parts en peu d'igualtat i requeriria de l'aplicació del dret internacional. D'altra banda, Dupuis menciona factors de deslocalització subjectius, en aquest cas parlem de clàusules que denoten la intenció de les parts de sotmetre's al dret internacional<sup>9</sup>. El Tribunal menciona el dret aplicable al contracte, les clàusules d'intangibilitat en que l'Estat renuncia als seus privilegis exorbitants de dret comú (expropiació i modificació unilateral del contracte) o la clàusula compromissòria que sostreu la competència al jutge nacional per a conèixer dels conflictes derivats del contracte en qüestió, parlem de la privatització de la resolució contenciosa dels conflictes que constituiria també un factor de deslocalització.

---

<sup>7</sup> WEIL, Prosper, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier (volume 128), in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

<sup>8</sup> Texaco-Calasiatic c. Govern libi. Sentència arbitral. 17 juny 1977.

<sup>9</sup> Ibidem

## B. Les fonts internacionals, una evolució accelerada.

Quan parlem de fonts internacionals del dret internacional de les inversions fem referència a dos elements principalment. Primerament, ens referirem als tractats bilaterals d'inversions, font convencional més important, que explicarem breument. Segonament, parlarem de l'evolució que s'ha pogut observar en aquesta branca del dret.

Un TBI és un tractat, instrument convencional de dret internacional, conclòs entre dos Estats amb l'objectiu d'afavorir i atraure les inversions de l'altre Estat contractant tot oferint un quadre legal comú a les relacions econòmiques internacionals entre els dos Estats. Així, un TBI busca optimitzar les condicions en que els nacionals de cada un dels Estats signataris podran invertir en l'altre Estat signatari. Les clàusules més importants que trobarem en aquest tipus de tractats són, entre d'altres, la clàusula de tractament nacional, la de la nació més afavorida, clàusules d'estabilització de dret o, les que són més importants per nosaltres, les clàusules jurisdiccionals com la clàusula compromissòria i la clàusula arbitral. A banda d'aquestes previsions convencionals, hi ha una sèrie de fonts extra-convencionals que completen el contingut del TBI i que inclouen la costum i els principis generals del dret internacional. Quan parlem de fonts extra-convencionals fem principalment referència als estàndards mínims de tractament que deuen els Estats d'acollida als inversors estrangers.

D'altra banda, avui en dia observem diversos fenòmens que concorren i que tractarem successivament.

Primerament, sorgeix la qüestió de saber qui són els titulars dels drets que emanen dels TBI i més concretament, si aquests tractats poden crear drets pels particulars. A aquesta pregunta general s'hi afegeix un fenomen relativament nou i és que ja no són només els Estats que signen aquest tipus de tractats sinó que també hi ha Organitzacions Internacionals que ho fan com en el cas de l'UE amb el TTIP. Aquesta qüestió ja va ser abordada per la Cort Permanent de Justícia Internacional en el cas sobre la *Competència*

*dels Tribunals de Dantzig*<sup>10</sup> on la Cort exposava que el principi roman que un Tractat entre Estats només crea drets i obligacions pels Estats signataris i no pels particulars excepte en aquells casos en que els Estats haurien expressat la intenció de fer-ho. Un TBI és un exemple força evident d'aquest tipus de situacions ja que el seu objecte consisteix tant en crear certs drets i obligacions pels Estats com fer-ho pels particulars que han de beneficiar d'aquest tractat. Tot i aquest precedent jurisprudencial, és una problemàtica que roman oberta<sup>11</sup> ja que hi ha tendències jurisprudencials en els dos sentits.

No obstant això, els Tribunals arbitral han desenvolupat una visió força pragmàtica d'aquesta pregunta que els permet evitar de qüestionar-se sobre la natura dels drets previstos en els TBI. Si observem un TBI estàndard normalment es preveuen dos mecanismes per a la resolució dels conflictes que en deriven: un mecanisme interestatal per resoldre els conflictes que sorgeixen entre els Estats i un segon mecanisme dit mixt.

El mecanisme mixt està destinat a resoldre disputes entre Estats i inversors que han realitzat inversions en el territori d'aquest primer Estat sota l'empiri del TBI que preveu el mecanisme mencionat. A partir d'aquests mecanismes mixts, els tribunals arbitral tendiran a considerar que tant se val qui sigui titular dels drets previstos en el Tractat, substancials o jurisdiccionals, que sigui l'Estat o l'inversor exercint drets de l'Estat, si l'inversor té un dret d'acció es limitaran a constatar aquest fet sense preguntar-se a qui pertanyen.

De tots aquests elements, el primer constatat interessant a fer és el fet que s'observa una evolució en dret internacional sobre el tema de la titularitat dels drets. És a dir, en els seus orígens, l'ordre jurídic internacional<sup>12</sup> era un sistema completament blindat als particulars

---

<sup>10</sup> CPJI, *Avis consultatif. Compétence des tribunaux de Dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer)*. Series B/ N° 15. 3 de març de 1928. P. 18 i 19

<sup>11</sup> Veure en aquest sentit el cas del *Xarop de blat de moro entre els EUA i Mèxic de 2001* en que dos tribunals arbitral diferents van considerar l'un que el TBI no atorgava drets als inversors, excepte les disposicions jurisdiccionals, mentre que l'altre considerà que la totalitat del TBI beneficiava als particulars i els atorgava drets tant substancials com jurisdiccionals.

<sup>12</sup> Terme controvertit ja que molts autors consideren que no existeix un ordre jurídic internacional però l'utilitzarem aquí per una qüestió de practicitat sense entrar en el debat de la seva existència.

i limitat a les relacions entre els Estats en que l'única via prevista per la resolució de conflictes que impliquessin particulars era el mecanisme de la protecció diplomàtica. Aquesta limitació resultava força problemàtica per als Estats i pels particulars ja que les opcions de resolució i de restitució són força limitades. Aquesta circumstància i la natura mateixa del dret internacional econòmic van afavorir que progressivament anés sorgint aquesta idea d'atorgar drets d'acció als particulars i, en una mesura més petita, drets substancials, juntament amb un reconeixement progressiu d'aquests drets pels tribunals privats. Finalment, la globalització i la preeminència progressiva que han anat guanyant els grans operadors econòmics en la configuració del sistema mundial tot el llarg del segle XX i el que portem de segle XXI han facilitat el naixement d'aquests drets dels particulars en el sector econòmic internacional. Havent arribat a aquest punt, seria pertinent preguntar-se si no seria possible estendre aquest tipus de mecanismes a altres dominis del dret internacional públic com el dret humanitari o el dret del medi ambient<sup>13</sup>.

Un segon element interessant sobre les fonts internacionals del dret internacional econòmic és el pas progressiu dels sistemes multilaterals als sistemes bilaterals. En aquest sentit parlem sobretot de dos fenòmens. D'una banda es crea, l'any 1947 a La Havana, el GATT, amb la intenció de liberalitzar l'intercanvi de béns entre els seus membres i establir un sistema aranzelari més o menys homogeni a nivell mundial. Es tracta d'un tractat multilateral a l'alçada de la ONU amb 75 membres, incloent les Comunitats Europees. L'any 1994, després del cicle de negociacions d'Uruguai i amb els Acords de Marràqueix naixerà l'OMC que adherirà més membres amb la intenció de liberalitzar i harmonitzar els intercanvis globals arribant fins als més de 150 membres. L'OMC anirà més lluny que el GATT de 1947, el qual reprèn, i passarà nous acords sobre sectors específics com els serveis o la propietat intel·lectual. A partir de finals dels anys 1990 és comença a constatar una oposició social creixent a aquest tipus de tractats.

És testimoni d'aquest fenomen el tractat multilateral sobre les inversions (MAI per les seves inicials en anglès) que va ser negociat en secret entre 29 països de l'OCDE entre 1995 i 1997 però que va fer fallida, després que el projecte sortís a la llum, per la oposició

---

<sup>13</sup> Pel que fa l'arbitratge en temes mediambientals podem observar certs progressos amb una possibilitat d'arbitratge prevista al Tractat sobre la Carta de l'Energia o també en un desenvolupament considerable dels arbitratges lligats a qüestions mediambientals en el sí del NAFTA.

popular que va suscitar i que va portar a l'Estat francès a retirar-se'n. Molts consideren que el TTIP és l'hereu d'aquest projecte fallit.

Com a conseqüència d'aquest fenomen, la comunitat internacional ha assistit a la proliferació dels denominats Acords Regionals Preferencials (ARP) o Acords Comercials Preferencials (ACP) entre Estats, entre Estats i estructures supranacionals (com l'UE), entre regions entre elles o amb altres Estats. Actualment es calcula que existeixen uns 450 ACP dels quals uns 300 estan en vigor. Aquest és un fenomen que s'explica, des del nostre punt de vista, per diverses raons.

D'una banda respon al rebuig que susciten els grans tractats multilaterals que son vistos per la població com poc transparents i incomprensibles. D'altra banda, els Estats han també tendit a preferir aquests tractats perquè en general són més fàcils de negociar. És a dir, en una negociació convencional cada Estat aporta el que anomenarem els seus "principis inamovibles", és tracta de punts del tractat sobre els quals no hi ha negociació possible, o es fa de la forma que vol l'Estat o no es fa, no hi haurà punt mig. Com és lògic, cada Estat tindrà els seus "principis inamovibles", que podran ser vistos de la mateixa manera per l'altre o altres Estats o no ser-ho però el que és evident és que, a més Estats presents en una negociació més "principis inamovibles" en presència i menys punts d'acord podrà haver-hi.

En conseqüència, com menys Estats hi hagi més liberalitzador serà l'acord que concloguin. Així, d'un punt de vista macroeconòmic els ACP són molt beneficiosos ja que preveuran més concessions a l'altre Estat, concessions de les quals el beneficiari serà el gran inversor. El problema sorgeix quan tenim en compte el factor microeconòmic ja que si un ACP és més liberalitzador això també implicarà que els que en patiran les conseqüències d'aquesta liberalització (baixada d'aranzels, condicions d'importació i d'exportació menys restrictives, etc.) seran les petites i mitjanes empreses que no podran competir amb les grans empreses que a partir de l'ACP tindran un accés molt més fàcil a un mercat en que, abans de l'acord, la PME estava protegida.



## II. Panoràmica de l'arbitratge internacional relatiu a les inversions

### A. Introducció teòrica a l'arbitratge

Com sabem, l'arbitratge és un mecanisme de resolució de disputes que és qualificat sovint de justícia privada. En efecte, la diferència fonamental entre un arbitratge i la justícia clàssicament entesa és que en el primer cada una de les parts designarà un àrbitre que s'assegurarà que les pretensions de la part que l'ha designat seran plenament tingudes en compte pel tercer àrbitre, normalment designat per acord entre els àrbitres de cada una de les parts i que serà la figura més propera al jutge en un tribunal d'Estat per la seva (en tot cas, suposada) imparcialitat.

En l'àmbit de les inversions o del comerç internacional en general l'arbitratge té molts beneficis, sobretot per a la part privada, menys evidents per a la part de l'Estat. En efecte, l'arbitratge és una figura molt més flexible que un judici públic en el sentit que permet a les parts de sostreure's a l'aplicabilitat del dret nacional per acord previ, permet també la selecció d'un àrbitre per cada una de les parts i d'un punt de vista processal és molt més senzill i flexible, permet evitar totes les dificultats i procediments administratius inherents a un procés nacional tradicionalment entès. A més a més, una de les raons per les quals es recorre a l'arbitratge en aquest camp és el fet que sovint es tractarà de casos molt complexos en que es necessiten persones especialitzades en el tema per a poder entendre'l bé i jutjar-lo.

### B. Orígens de l'arbitratge

Per entendre els orígens de l'arbitratge en hem de remuntar als principis del segle XX<sup>14</sup> amb alguns casos paradigmàtics que després construiran el dret de les inversions tal i com el coneixem avui. Parlem per exemple del contracte de concessions entre Lena Goldfiels i la Unió Soviètica per l'explotació d'una mina d'or l'any 1925 o els contractes de concessions que passaren algunes empreses amb Estats del Golf pèrsic per a l'explotació

---

<sup>14</sup> LEBEN, Charles, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris: Pedone, 2015. Per els casos que evoquem a continuació veure pp. 34 a 37.

de mines petroleres. El problema d'aquests contractes de gran amplada era el tema de la resolució dels potencials conflictes que poguessin sorgir entre l'empresa i l'Estat. Si reprenem els exemples precitats trobarem que, d'una banda, el contracte Lena Goldfields fou conclòs amb una URSS que havia exclòs del seu *corpus jurídic* la noció mateixa de propietat privada, base jurídica per a posteriorment expropiar les infraestructures de l'empresa.

En el cas de les concessions petroleres en el Golf Pèrsic parlem de països com Abu Dhabi, Qatar o Aràbia Saudita en que el règim jurídic era (i roman) un dret islàmic que, com diu el Professor Leben, “encara no havia passat el test de la modernitat”<sup>15</sup>. Partint d'aquests dos casos podem entendre la desconfiança que aquest tipus de contractes suscitava en la part dels inversors ja que en la doctrina de l'època no hi havia cap tendència que suggerís la possibilitat de que un contracte d'inversions estigués subordinat a una llei diferent que la llei de l'Estat signatari. Així, dintre del contracte s'incloïen clàusules generals de bona fe, interpretació raonable del contracte i confiança entre les parts<sup>16</sup>. Seria a partir d'aquestes clàusules de bona fe que en l'arbitratge posterior entre Lena Goldfields i l'URSS el consell de la multinacional argumentaria que la societat havia de ser indemnitzada segons el dret internacional perquè “diversos termes del contracte contemplaven l'aplicació de principis de dret internacional i no només dels principis de dret nacional”<sup>17</sup>. Assistim aquí a una reflexió que canviaria completament la concepció del dret internacional econòmic i que representa d'una forma la primera internacionalització d'una relació contractual que, abans d'aquest cas, era considerada com privada i de dret intern.

El primer arbitratge comercial que coneixem entre una persona privada i un Estat és el cas de la Companyia del Canal de Suez contra el Vice-Rei d'Egipte de 1864<sup>18</sup>, arbitrat per Napoleó III. El problema d'aquest primer cas és que el contracte de concessions no

---

<sup>15</sup> Ibidem p. 35

<sup>16</sup> Veure per exemple l'article 89 del contracte de concessions entre Lena Goldfields Ltd. i la Unió Soviètica.

<sup>17</sup> Ibid pàg. 37 citant V.A. NUSSBAUM, “The arbitration Between he Lena Goldfields Ltd and the Soviet Government”, Cornell Law Quarterly, 1950, p. 50 par. 22

<sup>18</sup> Companyia Universal del Canal de Suez c. Vice-Rei d'Egipte, sentència del 21 d'abril de 1862 in H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale (1794-1900)*, La Haia, Martinus Nijhoff, reedició i prefaci de P.M. Eismann, 1997, pp. 397-410.

contenia cap clàusula compromissòria. No seria fins al contracte de Lena Goldfields precitat que, a l'article 90, s'inclouria una primera clàusula compromissòria, avui element essencial per a atraure un Estat davant un tribunal arbitral, en que les parts preveien les modalitats de l'arbitratge en cas de disputa entre elles. És a partir d'aquests casos i dels desenvolupaments econòmics i socials que viurà el món durant el segle XX (globalització, expansió del capitalisme, estabilització de pols de poder financer i econòmic) que s'anirà sistematitzant el mecanisme de la clàusula compromissòria de recurs a l'arbitratge en els contractes d'inversions<sup>19</sup>. Com a exemple d'aquesta sistematització podem citar l'article 16 del contracte de concessió de 1935 entre el dirigent (*Ruler*) del Qatar i la societat Petroleum Development (Qatar) Ltd en que es preveia que en cas de conflicte entre les parts cada una d'elles designaria un àrbitre. Aquest dos arbitres intentarien arribar a una solució satisfactòria entre les parts i, si no ho aconseguien, designarien conjuntament un tercer àrbitre que jutjaria la qüestió.

Observem en aquesta evolució del dret de les inversions que hi ha dos fenòmens que s'oposen però que al mateix temps construeixen el sistema actual. D'una banda, en la part dels inversors, hi ha una por. Es la por de la inseguretat jurídica que els suscitava ser dependents del poder judicial del país amb qui conclouien el contracte de concessions. En efecte, hem d'entendre que els acords d'inversions que han contribuït més a la construcció d'aquesta branca del dret eren essencialment entre empreses del que avui coneixem com el "bloc atlàntic" o el món Occidental, i Estats que qualificàvem de subdesenvolupats o en vies de desenvolupament. Aquesta "manca de desenvolupament" implicava que no hi havia una separació de poders estricta com la que trobàvem en el món occidental i, pels inversors, és traduïa en la preocupació que el govern amb qui havien conclòs el contracte interferís en un potencial litigi, influenciant el jutge nacional en detriment de l'inversor. D'altra banda, de la part dels Estats, hi ha un orgull. Així doncs, l'ordre jurídic

---

<sup>19</sup> Avui en dia trobem dos mètodes essencials per a recórrer a l'arbitratge, d'una banda, la clàusula compromissòria en el contracte d'inversions, de la qual en trobem una versió primitiva al contracte de Lena Goldfields, i l'oferta d'arbitratge. El recurs a aquest segon mecanisme s'ha intensificat després de la Convenció de Washington de 1965 instituint el CIADI i consisteix en l'emissió per la part d'un Estat d'una oferta d'arbitratge en un TBI o en un Codi d'Inversions. A partir d'aquí els inversors podran prevaldre's d'aquest instrument en el moment en que sorgeixi un conflicte amb l'Estat que l'ha emès ja que normalment l'oferta és vinculant de forma incondicional per l'Estat, és a dir, no cal un altre acte en que reiteri el seu consentiment a l'arbitratge.

internacional tal i com el coneixem està determinat per l'obertura o no dels Estats a renunciar de forma més o menys extensa a la seva sobirania i el fet de sotmetre's a un tribunal arbitral o acceptar certes clàusules dintre els seus contractes de concessió pot representar una renúncia de sobirania.

Segonament, observarem també una institucionalització progressiva, tot al llarg del segle XX, així com una centralització del sistema arbitral amb la creació de centres permanents d'arbitratge com la Cort d'arbitratge de la Càmera de Comerç Internacional de Paris (1923), l'Institut d'arbitratge de la Càmera de Comerç de Stockholm (1917), l'Associació Americana d'Arbitratge (1926), la London Court of International Arbitration (1891) o el Centre d'arbitratge internacional de Singapur (1991) entre molts d'altres. Però més enllà d'aquests exemples n'hi ha dos que destaquen sobre els altres i que marcaran clarament la trajectòria del dret de les inversions tant pel sistema que institueixen com per la jurisprudència que n'emanarà: parlem ben evidentment del Centre Internacional per la Resolució de Disputes relatives a les Inversions (CIADI) creat per la Convenció de Washington de 1965 i del Tribunal irano-americà instituït en els Acords d'Alger de 1981 amb la missió de resoldre totes les disputes econòmiques entre ciutadans iranians i el govern dels EUA i ciutadans estatunidencs amb el govern Irania després de la revolució iraniana de 1979.

Avui en dia podem observar que es privilegia en els contractes d'inversions el recurs als tribunals arbitral permanents com el CIADI o la Càmera de Comerç de París però que aquest tipus de tribunals segueixen coexistint amb els tribunals arbitral *ad hoc*, és a dir, aquells que es creen en virtut d'un contracte d'inversions simplement per a la resolució del conflicte concret sense inscriure's en cap sistema o institució.

La pregunta que se'n desprèn necessàriament és: la idea inicial dels arbitratges era protegir els inversors que actuaven en països subdesenvolupats o en vies de desenvolupament, en els quals el context legislatiu i judicial era, el primer, molt volàtil, i el segon, d'imparcialitat qüestionable. Perquè aquesta nova tendència per la qual s'institueixen quasi tribunals (*strictu sensu*) per acords entre països desenvolupats, en que la justícia es presum imparcial ? Parlem, per exemple, del TLCAN, del projecte de TTIP o del CETA que institueixen sistemes arbitral entre estats desenvolupats amb una separació de poders que se suposa estricta i un poder judicial imparcial. Així, la idea seria

preguntar-se si aquest tipus de sistemes no estan fets simplement per a beneficiar els inversors que s'hi senten més còmodes i dintre dels quals no han d'enfrontar-se a les prerrogatives de poder públic de l'Estat més enllà del vell argument, potser en un altre temps vàlid, de la ingerència dels governs en el poder judicial. Al llarg d'aquest treball analitzarem diversos mecanismes arbitrals inscrits en tres sistemes d'integració econòmica (OHADA, TLCAN i CETA) per a intentar comprendre quin és el seu funcionament i el seu sentit.

### III. L'abast de les sentències arbitrals

En aquesta secció la idea principal és parlar de les sentències arbitrals i dels seus efectes en el temps.

#### A. Regla del precedent i jurisprudència constant

Com es diu sovint, el món del dret se separa en dos: els països del *Common Law* i els que tenen un sistema jurídic d'origen romano-germànic. Una de les principals diferències entre els dos sistemes resideix en la dita regla del precedent o *stare decisis*, present en els sistemes anglosaxons però no en els altres. Segons el *Black Law Diccionari*, el precedent és:

“Un cas o decisió d'un tribunal de justícia considerat com donant un exemple o autoritat per a un cas idèntic o similar posterior o que porta sobre una qüestió de dret similar.”<sup>20</sup>

Així, en el sistema del *common law* un tribunal pot crear una regla de dret aportant una decisió a un cas determinat la qual serà vinculant per als pròxims jutges que hagin de veure un cas o qüestió de dret similar en el futur. Aquesta concepció del dret fa de la jurisprudència una verdadera font del dret<sup>21</sup>.

Al cantó oposat, és a dir en els règims jurídics de tradició romano-germànica, trobem la doctrina de la *jurisprudència constant*. La Cort de Louisiana explica, en un cas de 2005, que la diferència fonamental entre les dues doctrines és que en la doctrina del precedent un sol cas pot servir per a crear una nova regla de dret, mentre que en la doctrina del sistema civilista cal que una mateixa decisió o interpretació d'una regla de dret es

---

<sup>20</sup> Traducció de l'autora a partir de l'entrada “Precedent : *An adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law*”. A *The Law Diccionari featuring Black Law Diccionari Free Online Law Diccionari, 2nd Edition*. Disponible a [<http://thelawdictionary.org/precedent/>].

<sup>21</sup> M. AUDIT. *La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements* in Ch. LEBEN, *Droit International des Investissements et Arbitrage Transnational*. Paris, Pedone, 2015. Pp. 119 a 133.

reproduceixi suficients vegades per a considerar que hi ha una jurisprudència constant<sup>22</sup>. Així, veiem que en els sistemes romano-germànics la jurisprudència també pot prendre una importància considerable que dependrà dels països i de les èpoques<sup>23</sup>. Sabent això, sorgeix la qüestió de saber si la jurisprudència dels tribunals arbitralers en el sistema internacional es considera precedent o si, pel contrari, s'emmarca en la lògica de la jurisprudència constant.

#### B. L'elecció de la jurisprudència constant i les problemàtiques associades

El dret internacional públic ha tendit sempre a escollir la doctrina de la jurisprudència constant, tot i que no sempre ho ha fet de forma evident. En aquest sentit podem referir-nos als articles 38 i 59 del Estatut de la CIJ. El primer, el molt conegut article 38, que enuncia les fonts de les que es preval la CIJ en les seves decisions, ens diu, en el seu d), que la Cort aplica “*les decisions judicials (...) com a mètode auxiliar de determinació de les regles de dret*”. Pel que respecta l'article 59 ens recorda l'autoritat relativa de les sentències, és a dir, estableix clarament que les decisions d'aquesta Cort només són vinculants entre les parts al judici i per al cas concret. Com ho diu la CIJ en la seva decisió, *Legalitat en l'amenaça o en la utilització d'armes nuclears*<sup>24</sup>, la seva funció no és la de legislar sinó simplement constatar i aplicar les normes i principis de dret internacional.

---

<sup>22</sup> Supreme Court of Louisiana (2005) *Willis-Knighton Medical Center vs. Caddo-Shreveport Sales & Use Tax Commission*. 903 So.2d 1071, Vol. 2004-C-0473 ; at n 17; p. 25. Traducció de l'autora. Paràgraf original en anglès: “*The chief distinction between stare decisis and jurisprudence constante is that a single case affords sufficient foundation for stare decisis, while a series of adjudicated cases, all in accord, form the basis for jurisprudence constante.*”

<sup>23</sup> Si prenem l'exemple francès, durant l'Antic Règim es construï un sistema que rebutjava categòricament adjudicar als tribunals un rol que anés més enllà de l'aplicació de la llei de la forma més estricta, veure en aquest sentit la interdicció feta als jutges de prendre decisions reglamentàries i generals sobre casos que jutgen, present a l'article 5 del Codi Civil francès. Malgrat això, el rol actual que juguen les jurisdiccions com la *Cour de Cassation* (màxima jurisdicció civil) o el *Conseil d'Etat* (màxima jurisdicció administrativa) en la construcció del dret a través la interpretació de la llei és indiscutible.

<sup>24</sup> CIJ, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, Rec. 1996, p. 237 §18.

Pel que respecta el dret internacional de les inversions i el sistema arbitral de resolució de disputes en concret, es tracta, com diu un autor<sup>25</sup>, per la seva natura mateixa, d'un sistema essencialment "constel·lar". És a dir, a diferència del sistema internacional de la CIJ en que s'ha assolit una certa jerarquització, el sistema arbitral roman essencialment horitzontal, així és i així ha de ser. En efecte, un dels avantatges del sistema arbitral, en tot cas a nivell teòric, és que no hi ha regla del precedent i que cada tribunal, ja sigui *ad hoc* o institucionalitzat, és lliure de sentenciar com vulgui, sense estar subjecte a cap tipus de jurisprudència. Per assolir un sistema en que és donés valor a la jurisprudència caldria un tribunal superior<sup>26</sup> al que s'hi pogués interposar un recurs i que fes d'harmonitzador però, una vegada més, l'arbitratge perdria d'aquesta manera tot el seu sentit.

No obstant això, aquests elements segueixen constituint *la teoria*. Si observem la pràctica dels tribunals arbitral, veurem que molt sovint es refereixen en les seves sentències a altres casos d'altres tribunals arbitral o de jurisdiccions permanents internacionals per a fonamentar els seus punts de vista, entre els casos arbitral que es citen sovint trobarem *Lena Goldfields*<sup>27</sup>, *Aramco*<sup>28</sup> o *Texaco*<sup>29</sup> entre molts d'altres; d'altra banda, pel que fa les referències a jurisprudència de corts permanents trobarem sobretot sentències de la CIJ com la famosa *Barcelona Traction*<sup>30</sup>, *Concessions Mavrommatis*<sup>31</sup>, els *Assajos Nuclears*<sup>32</sup> o les *Activitats militars i paramilitars a i contra Nicaragua*<sup>33</sup> entre d'altres. El que cal tenir en compte pel que fa aquesta característica de les sentències arbitral és que quan un jutge o tribunal arbitral es refereixen a una altra sentència, sobretot per a referir-se a un principi enunciat per l'altre tribunal, per a sostenir els seus punts de vista no s'està referint al principi de dret internacional objectivament parlant sinó al principi tal i com interpretat o enfocat pel jutge i la sentència en concret, el que atorga a aquesta remissió un caràcter subjectiu. Més enllà d'això, també és cert que hi ha una certa autonomia i

---

<sup>25</sup> AUDIT, cit op., p. 128

<sup>26</sup> Ibid

<sup>27</sup> *Lena Goldfields c. URSS*, sentència del 2 de setembre de 1930.

<sup>28</sup> *Aràbia Saudita c. Arabian American Oil Company (Aramco)*, sentència del 23 d'agost de 1958.

<sup>29</sup> *Texaco Calasiatic c. Libia*, sentència del 17 de gener de 1977.

<sup>30</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 24 juillet 1964

<sup>31</sup> CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Serie A n° 2, arrêt du 30 août 1924

<sup>32</sup> CIJ, *Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974

<sup>33</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. EUA)*, arrêt du 26 novembre 1984



independència dels tribunals arbitral, que recorden sovint. Tot i això, no és irrellevant el fet que quan es volen desmarcar d'una "jurisprudència establerta" tendeixen a justificar més la seva solució que si seguissin la línia general, cosa que pot contribuir a la constitució d'un conjunt jurisprudencial més coherent, clar i comprensible.

\*\*

Finalment, d'un punt de vista personal, hi ha dos problemes fonamentals amb la generalització de la justícia privada com a mètode principal de resolució de conflictes en dret internacional econòmic.

La primera problemàtica que veiem va associada al fonament que justifica l'existència d'un tribunal arbitral. Així, mentre que la base d'un tribunal estatal és constitucional, la base d'un arbitral és contractual o, com a molt, convencional. El fet de basar-se en un fonament constitucional implica una sèrie de garanties (separació de poders, sobirania dels Estats, etc.) que en un tribunal arbitral desapareixen per complet en favor del que pugui pagar, al cap i a la fi ja que són processos molt cars en que es remunera no només els àrbitres sinó també el President arbitral i, en cas d'un arbitratge institucional, la institució en el sí de la qual es du a terme l'arbitratge. No obstant això, no volem dir que no hi hagi avantatges a un procés arbitral, principalment, a part dels enunciats *supra*, hi ha la privacitat i la confidencialitat, que un tribunal arbitral garanteix de forma molt més concreta i eficaç del que pot fer-ho un tribunal estatal però, tot i així, hi ha una qüestió de legitimitat de la persona (jutge arbitral) que està jutjant l'Estat que no pot ser ignorada. En efecte, aquesta qüestió planteja molts problemes, sobretot tenint en compte que si un tribunal arbitral condemna l'Estat seran els impostos dels ciutadans que pagaran aquesta condemna d'un procés del que aquests ciutadans segurament en sabran poc o res.

Segonament, hi ha la qüestió de la construcció de la jurisprudència en dret internacional econòmic. En efecte, els tribunals arbitral, pel fet de trobar-nos en una matèria que està en construcció i en constant moviment, tendeixen a basar-se en els arguments de les parts per a justificar o formar les seves decisions. Aquest fet no difereix del que passa en altres branques del dret però el problema aquí és doble. D'una banda, és dels pocs àmbits del dret on la confrontació es dona entre un Estat i una entitat privada amb una capacitat econòmica i un poder en general considerables. D'altra banda, a diferència d'altres

branques de dret més antigues i més treballades, el dret de les inversions és un dret força nou, que s'ha anat construint al llarg del segle XX i en el qual trobem pocs instruments no-convencionals (essencialment els codis nacionals d'inversions).

Consegüentment, es dóna una situació curiosa ja que els litigis comercials internacionals els tendeixen a guanyar més els inversors que els Estats ja que els àrbitres tendeixen a no voler obrir la porta a l'intervencionisme dels Estats i garantir un màxim liberalisme. D'altra banda, hem dit que els tribunals s'inspiren o es basen sovint en els arguments de les parts per a fer les seves decisions. La conseqüència de la combinació d'aquests dos elements és que tenim decisions fonamentades en les argumentacions dels Consells jurídics de grans multinacionals o corporacions contra Estats. Així, si reprenem la reflexió sobre el valor de la jurisprudència feta *supra* veiem que al final decisions creades indirectament per multinacionals seran aplicades a altres Estats i corporacions en altres casos arbitrals cosa que hauria de plantejar, com a mínim alguns problemes de principis.

**SECCIÓ 2. ANÀLISI COMPARATIU DELS MECANISMES ARBITRALS DE**  
**RESOLUCIÓ DE CONFLICTES EN ELS SISTEMES MULTILATERALS RELATIUS A**  
**LES INVERSIONS**

**I. El Tractat de Lliure Comerç d'Amèrica del Nord**

El TLCAN és un tractat internacional conclòs entre el Canadà, els Estats Units d'Amèrica i Mèxic que estableix una àrea de lliure comerç entre aquests tres estats nord-americans. El primer element interessant d'aquest tractat és que va ser signat al mes de desembre de 1992 i però que entrà en vigor 1 de gener de 1994, és a dir, exactament un any més tard que el Tractat de Maastricht cosa que, per molts, confirma el fet que el aquest tractat és una reacció directa a l'acord europeu<sup>34</sup>.

Segonament, per a entendre la rellevància d'aquest text en termes de dret internacional de les inversions cal que ens fixem en el seu capítol XI que regula les qüestions relatives a les inversions. En efecte, el que resulta curiós d'aquest tractat de lliure comerç és que s'estructura com ho faria típicament un TBI, és a dir, comença amb una definició "d'inversió", la institució d'una clàusula de tractament nacional, de la nació més afavorida, de tractament just i equitable, etc. Així, tant la pràctica com la doctrina han vingut a considerar aquest capítol XI com un TBI "autònom" (o un TMI ja que hi ha tres parts).

**A. La resolució de conflictes al TLCAN**

El Capítol XI del TLCAN s'estructura doncs en dues parts, una Secció A que tracta de les inversions en general i una Secció B que es focalitza en la resolució de diferències en matèria d'inversions i en el que veiem una preferència clara per l'arbitratge entre inversors estrangers i l'Estat d'acollida (part al Tractat).

Pel que fa el mecanisme de resolució de conflictes, podrà accedir-hi tot inversor que hagi "sofert pèrdues o danys com a conseqüència de l'incompliment de les disposicions o

---

<sup>34</sup> A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*. Paris, Pedone, 2014. P. 97

obligacions establertes a la Secció A o quan es violin les disciplines imposades a monopolis o empreses d'Estat”<sup>35</sup>. Els primers dos elements que cal remarcar d'aquesta Secció B porten sobre l'emmarcament temporal que imposa pel que fa al procés arbitral. En efecte, per a poder interposar una demanda d'arbitratge sota el TLCAN cal, d'una banda, que hagin passat com a mínim sis mesos des del naixement del conflicte i, d'altra banda, aquesta acció té un temps de prescripció de tres anys. El primer element permet donar temps a la concreció del litigi, d'una part, i, de l'altra, trobem una clara intenció subjacent: incentivar les negociacions i conciliacions i així evitar els casos que acabin realment davant dels tribunals. El segon element, sobre la prescripció, permet evitar la multiplicació dels litigis a posteriori, és a dir, s'assumeix que si no s'ha interposat demanda en tres anys és que l'inversor no té tant interès en portar el litigi davant un tribunal.

Segonament, s'estableix un sistema dit de “*fork in the road*” és a dir, si l'inversor escull la resolució arbitral de la disputa segons les modalitats contingudes al TLCAN això implicarà la renúncia tàcita per les dues parts a recórrer a altres vies de resolució de conflictes i, més concretament, a la interposició d'un recurs davant una instància nacional. No cal oblidar que trobem el mateix mecanisme a la Convenció de Washington de 1965 en el seu article 27. No obstant això, el tractat americà precisa que aquesta disposició no implica la renúncia a la introducció de recursos administratius de caire nacional per a fer cessar el dany o perjudici que se li està causant al demandant inversor mentre el procés arbitral no està encetat, això constitueix una particularitat del TLCAN ja que normalment el mecanisme dit també “d'opció irrevocable”<sup>36</sup> no fa la precisió de l'autorització de recursos administratius.

Pel que fa les regles d'arbitratge que es poden utilitzar pels conflictes amb països part al TLCAN trobem l'article 1120 que estableix que seran considerades vàlides les demandes

---

<sup>35</sup> J.L. SIQUEIROS, “La solución de controversias en el marco del NAFTA”, *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)* núm. 4, 1993. P. 265.

<sup>36</sup> El terme “opció irrevocable” ha sigut promogut per E. Gaillard per a tenir en compte totes les realitats que compren aquesta clàusula ja que l'autor considera que l'expressió “*fork in the road*” és més restrictiva del que implica realment aquest concepte. Veure en aquest sentit Emmanuel Gaillard, “L'arbitrage sur le fondement des traités de Protection des investissements”, 2003, 3 RA 853, 862.

introduïdes segons les regles establertes al Conveni CIADI<sup>37</sup>, el mecanisme complementari del CIADI (aquesta hipòtesi pot donar-se quan una de les parts és part al CIADI) o les regles d'arbitratge de UNCITRAL<sup>38</sup>.

A més a més, aquesta mateixa Secció B preveu tota una sèrie de disposicions relatives al desenvolupament de l'arbitratge en sí. D'aquesta manera, preveu certes disposicions relatives als àrbitres que conformaran el Tribunal arbitral com per exemple la designació, supervisada pel Secretari General, la funció supletiva que complirà el mateix Secretari General en la designació d'un àrbitre si una de les parts no ho fa en el termini corresponent. El mateix tractat aborda qüestions com les modalitats de consentiment a l'arbitratge, la interdicció al President del Tribunal arbitral de ser nacional d'una de les parts o també la llei aplicable al fons del litigi (dret del TLCAN i el dret internacional).

#### B. Particularitats i controvèrsies al TLCAN

El TLCAN és un tractat que consta d'algunes particularitats que el fan diferent d'altres tractats de la mateixa indole així com alguns elements que han suscitat diverses controvèrsies, sobretot respecte al rol que juguen els arbitratges internacionals respecte els drets nacionals, com veurem a continuació.

En primer lloc, respecte les particularitats en matèria d'inversions del TLCAN cal destacar el fet que no hi hagi clàusula de respecte del dret local, és a dir un clàusula que imposi que la protecció oferta pel tractat només serà atorgada en la mesura que la part que l'invoca hagi realitzat una inversió "en conformitat amb el dret de l'estat d'acollida". Aquest element pot ser problemàtic pel fet que alguns tribunals arbitral han atribuït a aquesta clàusula un caràcter "consuetudinari"<sup>39</sup> i també perquè l'absència d'aquesta

---

<sup>37</sup> Es tracta de la Convenció de Washington de 1965 portant creació del Centre per a l'Arranjament de Diferències Relatives a les Inversions entre Estats i Nacionals d'altres Estats.

<sup>38</sup> Les regles UNCITRAL són les regles d'arbitratge creades per la Comissió de les Nacions Unides sobre el Dret Mercantil Internacional i aprovades el 15 de desembre de 1976.

<sup>39</sup> Veure en aquest sentit *Phoenix action ltd c. Republica Checa*, n1 ARB/06/5, 15 abril 2009. En aquest cas el Tribunal Arbitral va haver de resoldre la qüestió de saber si l'activitat comercial exercida per l'empresa es tractava d'una inversió, cas en que la jurisdicció del CIADI quedaria oberta, o una simple transacció econòmica.

clàusula implica que un inversor podrà estar protegit pel Tractat i les seves disposicions substantives (nació més afavorida, tractament nacional, regulació del dret d'expropiació, etc.) tot i no haver ell respectat el dret del territori sobre el qual ha realitzat la seva inversió.

Una de les crítiques més importants que s'han fet a l'arbitratge internacional de les inversions des dels seus orígens en general, i al TLCAN i als arbitratges tinguts en el seu sí, en particular, és el secretisme que envolta aquest tipus de processos. En efecte, fins als anys 90 del segle XX la confidencialitat dels processos arbitrals continuava a ser un dels pilars de l'arbitratge internacional comercial i de les inversions i quasi la seva raó de ser. No obstant això, a partir de finals del segle passat i seguint una lògica de publicitat i transparència en aquest tipus de mecanismes de resolució de conflictes i cedint també a una pressió exercida per la població que entén les importants implicacions que poden tenir en el dret nacional els arbitratges de dret internacional de les inversions, observem un canvi de dinàmica.

En efecte, a partir d'aquest moment podrem veure com a diverses institucions, i sobretot al CIADI es posen en marxa tota una sèrie de mecanismes de publicitat, encara que no sigui la sentència íntegrament, publicaran, per exemple, un resum dels punts importants o de la decisió del tribunal arbitral en una plataforma en línia creada específicament per complir aquesta funció de publicitat.

Tot i aquest canvi substancial en altres sistemes de resolució de conflictes d'inversions internacionals, el TLCAN seguia (i segueix en certa mesura) duent a terme uns processos arbitrals extremadament hermètics en que es protegeix gelosament la identitat de les parts, l'objecte, la causa i les implicacions del conflicte tot i publicar de forma excepcional les conclusions i algunes decisions en casos del TLCAN. Així, tot i observar una certa evolució en aquest sentit, el TLCAN seguia caracteritzant-se pel seu caràcter excessivament confidencial cosa que dificultava enormement la intervenció de terceres parts, com veurem a continuació.

L'assumpte de la intervenció de terceres parts en casos arbitrals dintre el TLCAN ha donat lloc a grans controvèrsies i a una evolució considerable dintre aquest sistema econòmic integrat. En efecte, es planteja, durant els anys 1990, la qüestió de la intervenció de

terceres parts en tant que *amicus curiae* sobretot. El problema amb aquest mecanisme era que l'imperatiu era que calia el consentiment de les dues parts per a que fos possible, cosa que, a la pràctica, era força complicat en la mesura que sempre hi hauria una part a qui no li interessaria que intervingués la tercera persona en defensa de l'altra part al litigi. A partir d'aquesta situació es comença a veure una tendència jurisprudencial forta que advoca per una major transparència en aquest tipus de litigis<sup>40</sup> i és en aquesta tendència que neix el cas *Methanex Corp. v. USA*<sup>41</sup>.

El cas *Methanex* porta sobre qüestions mediambientals en el territori del TLCAN<sup>42</sup> i la qüestió de la intervenció de terceres parts neix quan, una vegada el litigi encetat, una ONG medi-ambientalista americana introduirà una document a la instància arbitral en el que defensa el punt de vista estatunidenc. Després d'aquest fet, altres ONG intentaran fer el mateix considerant que estaven suficientment implicades en el litigi com per poder introduir documents processals. En aquest sentit, tant el Canada com els Estats Units d'Amèrica recolzen la intervenció de les ONG per considerar que aquest fet, que implicava un major nivell de transparència ajudaria a "millorar la legitimitat de les sentències TLCAN"<sup>43</sup> mentre que Mèxic i la part demandant, Methanex, s'oposaven a l'acceptació de conclusions *amicus curiae*. Pel que fa el punt de vista del tribunal, considerarà que tenia suficient poder discrecional per a considerar les conclusions *amicus* com admissibles basant-se en la pràctica de diverses jurisdiccions internacionals com el Tribunal Irano-americà, la CIJ i el fet que no hi havia, per ell, cap disposició dintre el tractat TLCAN que l'impedís acceptar les dites conclusions.

En conclusió, podem observar un esforç considerable per part de les jurisdiccions arbitralis internacionals per a fer de l'aplicació del TLCAN un mecanisme més transparent i fiable per a la societat civil i per a impulsar la seva implicació en aquest tipus de casos que tracten temes relativament complexes però amb un impacte important en el dret i en la vida quotidiana del ciutadans.

---

<sup>40</sup> RUBINS, N, "The arbitral innovations of recent U.S Free trade agreements: Two steps forward, one step back", *Revue du droit des affaires internationales / Int'l Business Law Journal*, N° 8, 2003. Pp. 865-885

<sup>41</sup> UNCITRAL, *Methanex Corp. v. USA*, 1999

<sup>42</sup> Concretament sobre la contaminació de l'aigua a Califòrnia per les activitats industrials d'una empresa canadenca.

<sup>43</sup> RUBINS, N, "The arbitral innovations...", cit., p. 869

Finalment, podem posar l'accent sobre una nota d'interpretació publicada l'any 2001 per la Comissió del lliure comerç del TLCAN en la qual exposa que “cap disposició del TLCAN imposa a les parts en el quadre de l'arbitratge TLCAN un deure general de confidencialitat o impedeix les parts de fer públics els documents sotmesos al tribunal o produïts per aquest”<sup>44</sup>. Aquest comunicat confirma aquesta tendència i voluntat de fer més transparents i públics els processos arbitrals relatius a les inversions dintre del TLCAN.

---

<sup>44</sup> LOQUIN, E., “Arbitrage Commercial International”, *JCI. Droit International. Fascicule 720*. 25 d'agost del 2015.



## **II. L'Organització per l'Harmonització a l'Àfrica del Dret Mercantil**

L'OHADA (per les seves sigles en francès), és una organització intergovernamental creada l'any 1993 a Port-Luis (Illa Maurici) que agrupa actualment 17 països africans<sup>45</sup> i roman oberta a la integració per tot país del continent africà a l'organització.

La missió principal d'aquest organisme internacional és crear una zona d'integració jurídica dins el continent africà per a facilitar els intercanvis comercials i les inversions internacionals amb l'objectiu de “propulsar el desenvolupament econòmic i crear un ample mercat integrat per fer de l'Àfrica un “pol de desenvolupament””<sup>46</sup>.

La creació d'aquesta organització és la resposta a una situació econòmica en aquesta part de món especialment complexa. En efecte, després del període de descolonització i d'un segle XX complex i complicat els països africans es veuen confrontats a dos fenòmens: l'estancament econòmic de la regió i la inseguretat jurídica característica d'aquests països en aquest període amb expropiacions sense llei, feble desenvolupament del dret, etc. Aquests dos elements junts tenen com a efecte crear un cercle viciós en el que els inversors internacionals, que en un context com aquest serien els que podrien dinamitzar l'economia – construcció d'infraestructures, renovació dels factors de producció, etc. – no els resulta gens atractiu invertir en aquests països per la inseguretat jurídica que hi regna.

És precisament d'aquest context que neix l'OHADA, per trencar el cercle viciós i fer de l'Àfrica un territori atractiu en matèria d'inversions a través de l'harmonització del quadre jurídic. Més enllà d'aquests orígens basats en una situació de necessitat, l'OHADA s'ha convertit, després de més de 20 anys de funcionament, en un referent d'innovació en resolució de conflictes amb un sistema original que explicarem en la secció que segueix.

---

<sup>45</sup> Els membres actuals són : Benín, Burkina Faso, Camerun, Comores, Congo, Costa d'Ivori, Gabon, Guinea Bissau, Guinea, Guinea Equatorial, Mali, Níger, República Centrafricana, República democràtica del Congo, Senegal, Txad i Togo.

<sup>46</sup> Extret de la pàgina oficial de l'OHADA: [ <http://www.ohada.com/accueil.html> ]

#### A. El sistema judicial OHADA : entre tradició i innovació

Primer de tot s'ha de mencionar que el Tractat fundador de l'OHADA institueix la primacia dels *Actes Uniformes*, és a dir, dels actes jurídics creats per l'organització sobre temes concrets (n'hi a 9 actualment) amb l'objectiu d'unificar el dret dels estats membres en àrees concretes (comerç, arbitratge, etc.), sobre els drets nacionals dels seus Estats membres.

Segonament, a nivell institucional, aquesta organització compta amb tres òrgans principals: el Consell de Ministres, la Conferència intergovernamental i el Tribunal Comú de Justícia i Arbitratge (TJCA). Ens centrarem en el tercer òrgan, el TCJA i en el Centre d'Arbitratge que conté en el seu sí. Aquest tribunal s'assimila molt a una Cort nacional, és a dir, està compost de 17 jutges que tenen tres àmbits de competència : conèixer dels recursos a sentències que porten sobre l'aplicació dels actes uniformes per les jurisdiccions nacionals d'última instància; una competència consultiva sobre la interpretació que s'ha de donar als actes que conformen el dret de l'OHADA i organitzar i assegurar-se del bon compliment del dret processal als arbitratges duts a terme dintre el seu Centre d'Arbitratge<sup>47</sup>.

Segons el Reglament d'Arbitratge del TCJA<sup>48</sup> en el seu Capítol Segon, la funció del TCJA pel que respecta l'arbitratge és principalment la de supervisar els processos arbitrals que es duguin a terme sota el seu imperi. Així doncs, cau sota la jurisdicció del Centre d'Arbitratge del TCJA tot conflicte sobre un contracte que contingui una clàusula compromissòria o un acord arbitral que designi el Centre com lloc per a la resolució del litigi. D'altra banda, un cop el conflicte acceptat al Centre d'Arbitratge, el TCJA desenvolupa una funció de supervisió, és a dir, les parts designaran l'àrbitre (si escullen un model d'àrbitre únic) o els àrbitres (si es decanten pel tribunal arbitral de tres persones) i el Tribunal Comú haurà de validar la seva elecció així com escollir un àrbitre per alguna

---

<sup>47</sup> OHADA, Presentació de l'OHADA : [<http://www.ohada.com/content/presentations/Presentation-OHADA.pdf>]

<sup>48</sup> Aquest reglament està disponible en línia, en la seva versió francesa, a l'enllaç següent: [<http://www.ohada.com/reglements/666/668/chapitre-2-la-procedure-suivie-devant-la-cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage.html>]

de les parts si aquesta no n'escull un en els terminis establerts per l'Acte Uniforme i els seus reglaments d'aplicació. De la mateixa manera, el Tribunal Comú s'encarregarà de supervisar l'arbitratge en la seva vessant processal fins al final de l'arbitratge.

Pel que fa les innovacions i l'interès del sistema judicial de l'OHADA sembla fonamental posar l'accent sobre els recursos. Com sabem, la qüestió dels recursos contra sentències arbitrals n'és una que crea forces controvèrsies i dintre de la qual es consagren diversos models pel que fa les modalitats i les possibilitats de recurs a les sentències arbitrals. Resulta particular en l'OHADA el fet que s'ha atribuït al TJCA la competència per a conèixer de recursos contra la validesa de les sentències arbitrals resultat d'arbitratges duts a terme en el Centre d'Arbitratge.

Així, els articles 29 i 30 del reglament precitat permet interposar tres tipus de recursos en apel·lació de la validesa de la sentència arbitral davant el TCJA (anul·lació, revisió i terceraia), recurs que roman força emmarcat. En efecte, no només s'han de respectar els terminis (2 mesos) cosa que és força estàndard en sí, sinó que a més a més el recurs només serà acceptat per la Cort sota dues condicions. Primerament, cal que la possibilitat d'apel·lar la sentència hagi estat prevista per les parts o, dit d'una altra manera, que les parts no hi hagin renunciat explícitament a la convenció d'arbitratge.

Segonament, el recurs només serà admissible si es basa en una dels quatre fonaments enunciats a l'article 30.6 del Reglament: que l'àrbitre hagi sentenciat sense convenció d'arbitratge o sobre una convenció nul·la o caducada, si l'àrbitre ha sentenciat sense conformar-se a la missió que li havia sigut encomanada, si el principi del procés contradictori no ha sigut respectat o si la sentència és contrària a l'ordre públic internacional. D'altra banda, pel que fa els poders conferits al TCJA per a la revisió de sentència té un poder d'anul·lació total o parcial de la sentència i, si les parts li han atorgat aquest poder, pot tornar a jutjar el litigi en el fons. En cas d'anul·lació de la sentència aquesta té efecte retroactiu fins l'últim acte processal considerat vàlid pel Tribunal Comú, acte a partir del qual el Tribunal Arbitral haurà de tornar a començar el procés.

Finalment, pel que fa els principis del procés arbitral no hi ha gaire innovació en l'Acte Uniforme sobre el dret de l'arbitratge, dret aplicable als arbitratges dins l'espai OHADA

i duts a terme sota l'imperi del TCJA<sup>49</sup>, ja que a la lectura d'aquest veurem que es recorden principis generals força consolidats. En efecte, trobarem la possibilitat per l'àrbitre de jutjar en dret o *ex aequo et bono*, l'obligació de respectar el principi contradictori o la necessitat d'un acord o d'una convenció d'arbitratge, entre d'altres.

## B. Problemàtiques de l'OHADA

Havent exposat el funcionament i l'estructuració del sistema judicial creat per l'OHADA, procedirem a continuació a exposar els principals problemes que planteja aquest sistema institucionalitzat de resolució arbitral de conflictes sobre inversions.

En primer lloc podem identificar un problema força freqüent en els arbitratges institucionalitzats i és que l'Acte Uniforme sobre l'arbitratge no defineix els Estats o establiments públics que poden estar subjectes a l'arbitratge dintre el TCJA cosa que obre la qüestió de saber si, d'una banda, Estats que no són membres de l'OHADA poden resoldre els seus conflictes sobre inversions al seu Centre d'Arbitratge i, d'altra banda, si Estats no membres de l'OHADA però que tenen un interès en un procés arbitral al Centre d'Arbitratge de l'OHADA poden intervenir per a protegir els seus interessos. Sobre aquestes qüestions la doctrina està dividida<sup>50</sup> entre obrir la institució arbitral de l'OHADA a tot Estat que tingui un interès en un Estat par de l'organització internacional i apropiarse així a un model similar al del CIADI o mantenir un sistema limitat als Estats parts i als seus inversors.

El segon problema i que és pot ser el més important és la visió restrictiva que dona l'Acte Uniforme pel que respecta el consentiment a l'arbitratge. En efecte, és *conditio sine qua non* que hi hagi un consentiment a l'arbitratge a través d'una clàusula compromissòria o a través un acord d'arbitratge exprés conclòs per les parts després del naixement del conflicte. Aquesta definició implica, *a contrario*, que s'exclou de la jurisdicció del Centre

---

<sup>49</sup> OHADA. *Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage*. Acte adoptat l'11 de mars 1999 i publicat al JO OHADA n°08 del 15 de maig de 1999. Disponible en línia, en francès, a l'enllaç següent: [<http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-1999-Arbitrage.pdf>]

<sup>50</sup> Per més informació sobre el tema veure MBENG, Carl. *Challenges and prospects for Investor-State arbitration under OHADA law*. Ohadata D-16-03

d'Arbitratge del TCJA els consentiments de l'arbitratge derivats d'ofertes d'arbitratge en Tractats Bilaterals o Codis d'Inversions. Aquesta exclusió representa un problema important ja que es tradueix a la pràctica en que Inversors estrangers en conflicte amb un Estat part a l'OHADA que, per exemple, no han subscrit una clàusula compromissòria en el contracte amb dit Estat perquè el seu Codi d'Inversions estenia una oferta d'arbitratge es trobaran en una situació que podria quasi qualificar-se de denegació de justícia en el sentit que l'inversor perd el dret a interposar el seu recurs davant la jurisdicció que raonablement estimava com competent. Aquest problema és especialment rellevant en el context actual del dret internacional de les inversions ja que les ofertes d'arbitratge que realitzen els Estats en Codis d'Inversions o Tractats Bilaterals d'Inversions<sup>51</sup> són una pràctica molt corrent en l'estat actual del dret en aquesta àrea i crea una sèrie d'expectatives legítimes en els inversors.

---

<sup>51</sup> Les ofertes d'arbitratge són clàusules o articles subscrits pels Estats en un Codi Nacional d'Inversions o en un Tractat Bilateral o Multilateral d'Inversions en que donen un consentiment general a l'arbitratge per a tota persona física o jurídica que realitzi una inversió en el seu Estat, que consideri que li han vulnerat els seus drets i que vulgui interposar una demanda. Si aquestes condicions es compleixen, s'estableix que es recorrerà a l'arbitratge, de forma que mentre la legislació estigui en vigor l'inversor pot acceptar l'oferta d'arbitratge en tot moment. A partir d'aquí, l'oferta s'assimila a una clàusula compromissòria i esdevé, en conseqüència, irrevocable unilateralment. Aquesta pràctica s'explica pel fet que és una forma força eficaç i senzilla d'atraure inversors a l'Estat que signa la clàusula ja que implica que l'inversor ja no s'haurà de preocupar per la jurisdicció competent en cas de conflicte amb l'Estat, es resoldrà per arbitratge i, per tant, s'estalviarà les jurisdiccions nacionals cap a les quals hi ha no només una gran desconfiança en general però que a més a més són considerades, en tot cas a l'Àfrica, com corruptes, parcials i molt influenciables pel Govern nacional.

### III. CETA : cap a una nova concepció de l'arbitratge internacional?

L'Acord Integral d'Economia i Comerç o Acord Econòmic i Comercial Global (AECG o CETA) és un Tractat internacional de lliure comerç conclòs entre la Unió Europea i el Canadà i ratificat per les dues parts entre octubre del 2016 i febrer de 2017. La missió principal d'aquest tractat és reduir les tarifes duaneres i aranzels entre els dos territoris així com crear una zona d'integració econòmica per a facilitar i incentivar els intercanvis comercials entre les parts. Com és habitual a la nostra època, l'acord inclou una part dedicada exclusivament a les inversions internacionals entre les dues parts, és tracta del capítol VII, en el sí del qual trobem també una secció dedicada al mecanisme de resolució de conflictes entre inversors i Estats. Així, després de diverses seccions que contenen disposicions substancials relatives a les inversions, trobem la Secció F que aborda la resolució de disputes entre Estats i inversors relatives a les inversions.

En primer lloc, podem destacar l'article 8.19 que té com a objectiu incentivar les “*consultations*”, és a dir, la resolució amical del conflicte a través de negociacions i conciliacions. Segons aquest article, aquest mecanisme pot ser posat en marxa en qualsevol moment, inclús si un procediment judicial ja ha estat encetat, tot i que s'estableix un termini de seixanta dies després de la introducció de la demanda per a posar en marxa les negociacions, període després del qual s'obre la possibilitat de portar el litigi davant dels tribunals.

El segon element que cal destacar d'aquest Tractat és el seu article 8.21 *determinació del defensor en disputes amb l'UE o els seus Estats Membres*. Així, si després de 90 dies no s'ha pogut resoldre el conflicte per negociacions, l'inversor ha d'enviar una notificació a l'UE demanant-li que determini qui serà el defensor i correspondrà a aquesta decidir qui serà el defensor. El mateix article estableix els criteris segons els quals es prendrà aquesta decisió. Trobem força interessant el fet que segons aquesta secció només podran introduir una demanda sota el mecanisme específic per les inversions els inversors, sense mencionar els Estats.

A partir d'aquí, el Tractat crea el seu propi sistema de resolució de conflictes relatius a les inversions. Pel que fa el mecanisme de constitució del Tribunal, el trobem explicat a l'article 8.27. El sistema judicial instituït pel CETA està compost de 15 membres (5

jutges canadencs, 5 de la UE i 5 de tercers països) designats pel Comitè Conjunt del CETA. A més a més, aquest article explica les condicions que han d'omplir els candidats per a formar part d'aquest Tribunal així com el fet que cada Tribunal arbitral, compostat de tres membres, es formarà segons la decisió del President que escollirà un dels 5 jutges de cada un dels tres grups (Canada, UE i tercers països).

Veiem doncs que pel que fa el “Tribunal de primera instància” del CETA s'allunya considerablement del model arbitral clàssic i s'apropa molt dels models judicials nacionals cosa que ha suscitat crítiques de moltes bandes. De la part dels inversors perquè tenen por de tornar a un sistema en que estarien sotmesos al poder judicial intern i de la part de la població civil perquè hi ha també una por de posar en una mateixa instància Estats contra grans inversors internacionals.

D'altra banda, una innovació important que podem observar en el CETA és el Tribunal d'Apel·lacions. Si ens fixem en l'article 8.28 del tractat observarem que es crea una instància superior al Tribunal ordinari que té com a missió revisar les sentències dictades sota la Secció F. Les modalitats de designació dels jutges del Tribunal d'Apel·lació són les mateixes que pel Tribunal en primera instància, és a dir, queda a càrrec del Comitè Conjunt del CETA. No obstant això, les competències d'aquest Tribunal sí que queden força delimitades ja que només poden validar, revocar o modificar les sentències que li són sotmeses i dintre de la mesura que es presenti una de les tres hipòtesis contemplades a l'article 8.28.2.

A més a més, en tant que particularitat, caldria destacar l'esforç fet per a garantir la transparència dels processos duts a terme sota l'ègida del CETA. Així, podem trobar un article 8.36 que imposa l'aplicació i el respecte de les normes UNCITRAL relatives a la transparència, tant del procés en sí com la publicació dels documents sotmesos al Tribunal.

En quant a les dificultats que emanen del projecte del *Investment Court System (ICS)* del CETA, hem de començar posant l'accent sobre el sistema d'apel·lació. Concretament, la doctrina destaca la problemàtica derivada del fet que el Tribunal en primera instància té vocació a funcionar segons les normes del CIADI. Segons els articles 53 i 54 de la Convenció de Washington les sentències dictades sota l'ègida d'aquesta institució són

obligatòries i definitives i només poden ser objecte d'un recurs en anul·lació. Aquest fet resulta problemàtic ja que el ICS institueix un Tribunal d'apel·lació amb poders que van molt més enllà de la simple anul·lació (veure *supra*)<sup>52</sup>.

Tot i aquesta dificultat major, algunes solucions han sigut proposades per la doctrina, que ens limitarem a enunciar però en les que no aprofundirem. Consisteixen principalment en un interpretació ampla de l'article 52 de la Convenció de Washington i en el recurs a l'article 41 de la Convenció de Viena.

La segona sèrie de dificultats porten sobre l'articulació entre la competència dels Tribunals del CETA i els altres tribunals nacionals i supranacionals (en el cas de la Unió Europea).

Així, sorgeix la qüestió de l'avenir de la competència exclusiva de la que gaudeix el TJUE pel que fa la interpretació i l'aplicació dels tractats europeus i que entraria en conflicte amb les competències de l'ICS en hipòtesis com l'aplicació de l'article 344 del TFUE que contempla la responsabilitat extracontractual de l'UE, hipòtesi que entraria també en les competències de l'ICS. Aquesta problemàtica es veu agreujada pel fet que el Tractat CETA no fa menció de l'exclusivitat o no de les competències de l'ICS. No obstant, aquesta contradicció no és absoluta ja que l'aplicació d'un Tractat internacional no és competència exclusiva del TJUE però al que sí que dona lloc és a una situació d'inseguretat jurídica important<sup>53</sup>.

Finalment, una altra dificultat deriva de l'absència de menció de l'exclusivitat o no de la competència del ICS. Així, res no impedeix a una de les parts d'interposar una demanda davant un tribunal nacional o una altra jurisdicció que no sigui l'ICS cosa que donaria lloc a un cúmul de demandes (litispèndencia) sense que el Tractat aportí cap clarificació sobre el tema. Així, podem observar que les llacunes del tractat en aquest sentit tornen a rellevar l'eterna qüestió en dret internacional de les inversions: l'articulació entre les

---

<sup>52</sup> DE NANTEUIL, A, "Les mecanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement?" *Journal du Droit International (Clunet)*, n° 1, 1 de Gener de 2017, doct. 2.

<sup>53</sup> *Ibidem*



*treaty claims* i les *contract claims* i torna a posar a les parts afectades pel Tractat en una situació d'inseguretat jurídica que no és menyspreable.

Pel que fa el futur d'aquest tractat encara s'ha de veure, tot i que una versió va ser signada per les parts entre finals de l'any 2016 i principis del 2017 encara falta la ratificació per cada un dels Estats Membres a la Unió Europea per a que el tractat pugui entrar en vigor i encara queden moltes qüestions per resoldre, especialment pel que fa el ICS. D'altra banda, no cal oblidar que una de les raons per les quals el TTIP no va prosperar va ser la desconfiança que va provocar en la societat civil el sistema de resolució de conflictes que proposava. Aquest element és especialment rellevant perquè, segons els projectes que varen ser publicats, el sistema que es proposava al TTIP, i que va incendiar l'opinió pública, era quasi igual que l'ICS del CETA.

### **SECCIÓ 3. CONCLUSIONS**

#### **LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES EN DRET INTERNACIONAL DE LES INVERSIONS: ENTRE ARBITRATGE I INSTITUCIONALITZACIÓ.**

#### **EL NAIXEMENT D'UNA NOVA ERA?**

Com hem explicat al llarg d'aquest treball, el dret internacional de les inversions viu un moment de desenvolupament accelerat amb grans conseqüències tant pràctiques, pels casos que engloba, com teòriques pel desenvolupament doctrinal i jurisprudencial del dret que implica. Constatant la gran quantitat de canvis i d'innovacions en aquesta branca del dret hem volgut, al llarg d'aquest treball, intentar discernir si se'n pot extreure una tendència general i si es pot intuir quin camí seguirà la resolució de conflictes en dret internacional de les inversions.

És per aquesta raó que vàrem seleccionar tres sistemes multilaterals d'inversions que representen tres zones del món força diferents. Primerament, el TLCAN entre els països d'Amèrica del nord i propulsat força pels Estats Units, l'epicentre mundial del capitalisme. En segon lloc, l'OHADA entre els països africans que s'esforcen per viure amb les seqüeles de la descolonització. Finalment el CETA entre dos territoris que intenten trobar l'equilibri entre l'Estat liberal i l'Estat social.

Així, en aquesta secció intentarem exposar les conclusions que hem pogut extreure del treball d'investigació que hem realitzat i exposat en les pàgines que precedeixen aquestes línies.

La primera idea amb la que ens quedem és que assistim a una època de complexificació de les relacions entre els Estats i les persones privades amb la intervenció cada cop més habitual de multinacionals en un tipus d'intercanvis amb els Estats que sempre s'havien considerat de dret internacional públic i que ara no sabem molt bé com classificar i és que els termes de dret internacional econòmic i de dret internacional de les inversions en són uns de molt amples i que no sempre reflecteixen la realitat que pretenen descriure.

D'altra banda, pel que fa la complexificació de les relacions entre els diferents actors del dret internacional és un factor que podem veure en tractats com el CETA. En efecte,

aquest fet el podem observar, d'una banda, en que el CETA és un tractat conclòs entre una organització internacional i un Estat. A partir d'aquí seria pertinent preguntar-se si el futur dels Tractats d'inversions està en la conclusió de TBIs o TMIs entre organitzacions internacionals entre elles, o amb Estats, cosa que portaria cap a una major harmonització del dret de les inversions i de la resolució de conflictes sobre aquest tema ja que intervindrien cada cop menys actors independents (Estats) que ho farien a través de les organitzacions a les quals pertanyen. La contrapartida d'aquest sistema seria, però, la pèrdua de sobirania i d'independència en aquest camp.

Segonament, podem concloure també que la lluita cada cop més forta de la societat civil en contra de l'hermetisme i la parcialitat de l'arbitratge d'inversions ha tingut els seus fruits. En efecte, si comparem els mecanismes d'arbitratge continguts dins d'acords d'integració econòmica creats als anys 1990 amb tractats com el CETA o el projecte de TTIP podem constatar diferències substancials que responen al seu context de creació però també a les parts i els territoris representats.

En efecte, si observem el mecanisme d'arbitratge del TLCAN veiem que es correspon perfectament amb l'esperit del tractat. És a dir, trobem un mecanisme de resolució de conflictes relatiu a les inversions molt liberalitzador en que es fan moltes referències al CIADI, institució molt criticada per afavorir els inversors en detriment dels Estats, en que s'encoratja l'aplicació de l'autonomia de les parts i la intervenció del CIADI en diferents aspectes.

A més a més, en l'aspecte substancial del tractat també veiem reflectida aquesta voluntat de liberalització amb, per exemple, l'absència d'una clàusula de respecte de dret local. Si comparem aquest element amb el contingut de l'OHADA trobem una diferència important ja que en aquest segon sistema, el mecanisme es construeix sobre la primacia del dret de l'OHADA sobre els drets nacionals i sobre una producció important d'actes jurídics per la part de l'organització internacional.

Pel contrari, si mirem el sistema de l'OHADA veiem també una correspondència amb el seu esperit ja que es tracta d'una organització internacional que intenta pal·liar les conseqüències de la descolonització però que tampoc es vol sotmetre a la dictadura dels poders econòmics occidentals com va passar tot al llarg del segle XX. Aquest element el

podem observar en el sistema arbitral que institueix. Així doncs, resulta evident que el tractat va intentar trobar un equilibri entre la liberalització i la regulació d'unes inversions sobre les quals s'havia perdut el control en el continent amb la proliferació descontrolada, per exemple, de clàusules d'estabilització de dret.

Aquest equilibri es troba en el manteniment d'un sistema pròxim de l'arbitratge internacional clàssic, en que es dóna força llibertat a les parts en l'articulació de les inversions en sí mateixes però en el que, al mateix temps, s'institueix un Tribunal Comú de Justícia i Arbitratge que controla els processos arbitrals, la designació dels àrbitres i al que es donen poders importants de revisió de sentències. Aquest ample poder de revisió, per exemple, el trobem a faltar en sistemes com el TLCAN o el CIADI en que les apel·lacions estan extremadament emmarcades.

En tercer lloc, trobem el sistema d'arbitratge instituït pel CETA, mateix sistema que estava previst al projecte del TTIP, en que veiem nous elements aparèixer i en que podem constatar una evolució important en el dret internacional de les inversions i el poder de la contestació social a la manca de transparència i a la preeminència dels poders econòmics en aquest camp.

Així, un dels problemes doctrinals més importants que suscita l'ICS és que és un sistema que es qualifica d'arbitral sense realment ser-ho. Diem que és un problema doctrinal ja que la qualificació d'un òrgan judicial no té moltes conseqüències a nivell pràctic. Parlem, ben evidentment, del fet que els àrbitres són fixes i estan constituïts en una llista prèviament establerta pels Estats cosa que fa que l'inversor perdi molta llibertat en la designació de l'àrbitre i que crea un sistema molt més proper al que trobem en els òrgans judicials nacionals.

Sobre aquest fet, les crítiques es poden estructurar en dos eixos, des de la doctrina i des de la societat civil. D'una banda, diversos autors afirmen que un dels pilars fonamentals de l'arbitratge és justament la llibertat de les parts de designar els àrbitres que els jutjaran. D'altra banda, la societat civil s'oposa al que s'ha vingut a anomenar "la privatització de la justícia", a saber, el fet que són les parts les que remuneren un àrbitre que escullen per a que jutgin els seus litigis.

Consegüentment, si la part privada perd la llibertat d'escollir l'àrbitre, ja que ho ha de fer a partir d'una llista d'una vintena de persones, podem realment seguir parlant d'arbitratge? O es tracta d'una ficció per a fer de la transició cap a sistemes cada vegada més institucionalitzats i amb poders més importants, més fàcil per a la part privada?

Aquest element, el fet de constituir sistemes de resolució de conflictes relatius a les inversions amb una llista tancada i limitativa d'àrbitres, reflexa justament la nostra hipòtesi de base i és que hi ha una tendència cada cop més marcada en reequilibrar les relacions entre inversors i Estats. Una forma d'equilibrar aquestes relacions que històricament beneficiaven els inversors, és a través de la modificació dels sistemes de resolució de conflictes que siguin menys tendenciosos i que s'apropin cada cop més a un sistema centralitzat a l'estil dels tribunals interns.

No obstant això, també veiem que romanen incompatibilitats importants pel que fa a l'articulació d'aquesta nova forma de resolució de conflictes i les institucions judicials tradicionals. No és una qüestió banal i pot portar a moltes dificultats, tanmateix, la solució tampoc no és evident ja que es trobaria creant fors de competència exclusius, cosa que comportaria una renúncia a la sobirania per la part dels Estats, qüestió sobre la qual són molt reticents.

En quart lloc, una de les conclusions que podem extreure d'aquest treball és que podem potser començar a parlar d'una certa democratització dels sistemes arbitral de resolució de conflictes de inversions. En efecte, hem observat que diverses organitzacions internacionals com el CIADI, el CETA o el TLCAN estan fent esforços considerables per a promocionar la transparència i la publicitat dels procediments arbitral que tramiten. El CIADI i el TLCAN a través de plataformes de publicació de les sentències en línia i el CETA amb una clàusula de respecte de les normes de publicitat d'UNCITRAL.

En definitiva i a tall de conclusió, podem respondre a la nostra hipòtesi que res ens permet afirmar taxativament que l'arbitratge dins dels tractats d'integració econòmica que hem analitzat està dissenyat materialment per a beneficiar els inversors. Tot i així, sí que podem extreure dos elements del TLCAN que ens podrien portar a la conclusió contrària. Concretament parlem de la ja citada absència de clàusula de respecte de dret local, disposició molt similar a una clàusula d'estabilització de dret, ambdues amb un caire

clarament afavoridor dels inversors. Altrament, tenim també les remissions a la institució del CIADI. S'hauria doncs d'analitzar aquesta institució per a confirmar o desmentir totes les crítiques que se li atribueixen i veure si, per consegüent, el TLCAN en la resolució de conflictes beneficia intrínsecament els inversors.

En últim lloc, respecte a la problemàtica que va ser el nostre punt de partida, a saber la de demostrar si podem constatar una evolució en la resolució de conflictes internacionals relatius a les inversions, la resposta ha de ser, a la llum de tot l'exposat fins aquí, afirmativa. Resulta, des del nostre punt de vista, innegable que hi ha una voluntat de crear sistemes més afables amb els Estats i més transparents de cara als ciutadans.

Encetat aquest canvi, no hem d'oblidar que queda molt de camí per recórrer i grans qüestions del dret internacional de les inversions romanen, encara, sense resposta.

## LLISTA BIBLIOGRÀFICA

### I. Doctrina

- DE NANTEUIL, A., *Droit international de l'investissement*. Paris, Pedone, 2014. Pg. 97
- DE NANTEUIL, A., “Les mecanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement?”, *Journal du Droit International (Clunet)*, n° 1, 1 de Gener de 2017, doctr. 2
- GAILLARD, E., “L'arbitrage sur le fondement des traités de Protection des investissements” [2003] 3 RA 853, 862.
- LA FONTAINE, H., *Pasicrisie internationale: histoire documentaire des arbitrages internationaux (1794-1900)*, La Haia, Martinus Nijhoff, reedició i prefaci de P.M. Eismann, 1997
- LEBEN, Ch., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris: Pedone, 2015.
- LOQUIN, E., “Arbitrage Commercial International”, *JCI. Droit International. Fascicule* 720. 25 d'agost del 2015
- MBENG, C., “Challenges and prospects for Investor-State arbitration under OHADA law”, *Ohadata D-16-03*
- NUSSBAUM, V.A., “The arbitration Between he Lena Goldfields Ltd and the Soviet Government”, *Cornell Law Quarterly*, 1950
- ROSETO, N., “Clausulas de fork in the road en acuerdos Internacionales de inversión: insumos para la construcción de un test unificado”, *Revista llatinoamericana de derecho comercial internacional volumen 4*, Vol.2, Any 2016
- RUBINS, N., “The arbitral innovations of recent U.S Free trade agreements: Two steps forward, one step back”, *Revue du droit des affaires internationales / Int'l Business Law Journal*, N° 8, 2003
- SIQUEIROS, J-L., “La solución de controversias en el marco del NAFTA” *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED) núm. 4*, 1993
- WEIL, P., “Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier” (volume 128), in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1969

## II. Jurisprudència

Aràbia Saudita c. Arabian American Oil Company (Aramco), sentència del 23 d'agost de 1958

CIJ, *Activitats militars i paramilitars al Nicaragua (Nicaragua c. Estats Units)*[fons]. Sentència del 27 de juny de 1986

CIJ, *Activitats militars i paramilitars al Nicaragua (Nicaragua c. EUA)*, sentència del 26 de novembre de 1984

CIJ, *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* [segona fase], sentència del 5 de febrer 1970

CIJ, *Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, sentència del 20 desembre 1974

*Phoenix action ltd c. Republica Checa*, n1 ARB/06/5, 15 d'abril 2009

CIJ, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, Rec. 1996

CPJI, *Avis consultatif. Compétence des tribunaux de Dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer)*. Series B/ N° 15. 3 de març de 1928

CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Serie A n° 2, sentència del 30 d'agost 1924  
Lena Goldfields c. URSS, sentència del 2 de setembre de 1930

Supreme Court of Louisiana, *Willis-Knighton Medical Center vs. Caddo-Shreveport Sales & Use Tax Commission*, 903 So.2d 1071, Vol. 2004-C-0473 ; at n 17, 2005

Texaco-Calasiatic c. Govern libi. Sentència arbitral. 17 juny 1977

.